The Legality of Maher Arar's Treatment Under U.S. Immigration Law

By Stephen W. Yale-Loehr and Jeffrey C. O'Neill*

Submission to the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar

Submitted May 16, 2005

Introduction

This report analyzes the legality of Mr. Maher Arar's treatment under U.S. immigration law. The report begins with a short summary of the relevant facts concerning Mr. Arar's detention in the United States in the fall of 2002 and his subsequent "rendering" to Syria, where he was allegedly tortured and detained for a year before finally being released without charges. Section 2 briefly defines "rendition" and "extraordinary rendition." Section 3 provides an overview of the United Nations Convention Against Torture, especially Article 3 of the Convention, which prohibits a country from sending a person to another country where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. Section 4 summarizes U.S. immigration provisions for removing someone from the United States. Section 5 applies U.S. immigration law to the facts of Mr. Arar's case, and concludes that U.S. authorities probably violated Article 3 of the Convention Against Torture by rendering Mr. Arar to Syria, where he faced a known and serious risk of being tortured. Section 6 offers some modest recommendations to try to prevent another Arar-type situation from occurring.

1. Summary of Maher Arar's Detention and Rendition to Syria[1]

Maher Arar was born in Syria. He immigrated to Canada with his family when he was a teenager. He is now a Canadian citizen.

While on a family vacation in Tunisia in late September 2002, Mr. Arar received an e-mail from MathWorks, his former employer, asking him to return to Ottawa to consult with a prospective client. On September 25, 2002, Mr. Arar took a flight to Zurich, Switzerland, leaving his wife

---

* Stephen W. Yale-Loehr (SWY1@cornell.edu) is co-author of *Immigration Law and Procedure*, the leading 20-volume U.S. immigration law treatise, published by LexisNexis Matthew Bender. He also teaches immigration law and asylum law at Cornell Law School, and is of counsel at True, Walsh & Miller (http://www.twmlaw.com) in Ithaca, NY. He has written or co-authored several books, including *America's Challenge: Domestic Security, Civil Liberties and National Unity After September 11*. He has testified before the U.S. Congress several times and as an expert witness in U.S. and Canadian courts. He chairs the Refugee Steering Committee of Amnesty International USA. He graduated from Cornell Law School in 1981 *cum laude*, where he was Editor-in-Chief of the Cornell International Law Journal. He chairs the American Immigration Lawyers Association (AILA)'s Business Immigration Committee. He received AILA's Elmer Fried award for excellence in teaching in 2001, and AILA's Edith Lowenstein award for excellence in the practice of immigration law in 2004.
Jeffrey C. O'Neill (JCO8@cornell.edu) is a 2005 J.D. graduate of Cornell Law School. For 2005-06 he will be clerking for U.S. Court of Appeals Judge Juan Torruella in Puerto Rico.

[1] These facts are taken from the complaint in Arar v. Ashcroft, No. 04-CV-0249-DGT-VVP (E.D.N.Y. filed Jan. 24, 2004), and from Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, at 3, *at* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (last visited May 10, 2005).

and two children behind to continue their vacation. After stopping overnight in Zurich, he boarded a flight to Montreal, with a transfer stop at John F. Kennedy Airport in New York City. Upon arriving in New York, Mr. Arar went through U.S. immigration inspections to catch his connecting flight to Canada. U.S. officials detained Mr. Arar and interrogated him over several days about his alleged membership in or affiliation with various terrorist groups.

On October 1, 2002, Mr. Arar was handed a document stating that he was inadmissible in the United States because he belonged to an organization designated by the U.S. Secretary of State as a foreign terrorist organization, namely Al Qaeda. Mr. Arar asked to be removed to Canada, and expressed concern about being tortured if he was deported to Syria.

On October 8, 2002, U.S. government officials flew Mr. Arar to Jordan, where he was handed over to Syrian officials. For the next year he was detained and allegedly tortured by Syrian security officials. He was finally released without charge in October 2003.

2. Rendition and Extraordinary Rendition Defined

Rendition, or the transfer of an individual from one state to another, does not have a fixed definition in international law. The term implies consent by the rendering state to transfer an individual to the receiving state.[2] States resort to rendition when they either lack an extradition treaty with a requesting state or seek to avoid the legal constraints of formal extradition.[3]

Traditionally, rendition has been used to accommodate the receiving state's desire to place an individual on trial for a crime. More recently, however, the rendering state has been the prime motivator in sending people overseas, particularly where security or terrorism concerns exist. Such renditions are known as "extraordinary" renditions. While the full extent of extraordinary renditions are not known, it is estimated that the U.S. government has "extraordinarily" rendered over 150 people to other countries since the terrorist attacks of September 11, 2001.[4]

3. Overview of the Convention Against Torture

The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Convention Against Torture or Convention) was designed to "make more effective the struggle against torture … throughout the world."[5] The Convention requires state parties to take actions to prevent torture both within and outside their jurisdictions. Article 3, the non-refoulement provision of the Convention, prohibits a state from sending a person to

---

[2] Joan Fitzpatrick, *Rendition and Transfer in the War Against Terrorism: Guantanamo and Beyond*, 25 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 457, 457-58 (2002) (citing Geoff Gilbert, Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms 337 (1998)).

[3] *Id.*

[4] Jane Mayer, *Outsourcing Torture*, New Yorker, Feb. 14, 2005, at 106. *See also* Dana Priest, *CIA's Assurances on Transferred Suspects Doubted; Prisoners Say Countries Break No-Torture Pledges*, Washington Post, Mar. 17, 2005, at A1 (CIA alone has rendered over 100 people).

[5] Preamble to the Convention Against Torture, G.A. Res. 39/46, 39 U.N. GAOR Supp. No. 51, at 197, U.N. Doc. A/RES/39/708 (Dec. 10, 1984) [hereinafter CAT].

another state "where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture."[6]

The General Assembly of the United Nations adopted the Convention Against Torture in 1984 and opened it for signature in 1985.[7] The Convention entered into force in 1987.[8] Over 135 states have ratified the Convention.[9]

The United States did not move quickly in ratifying the Convention Against Torture. The United States did not sign the Convention until April 1988.[10] The U.S. Senate adopted its resolution of advice and consent in October 1990,[11] but the United States did not become an official party to the treaty until November 1994.[12] When the Senate ratified the Convention Against Torture it added an understanding that the "substantial grounds" language in Article 3 meant that Article 3 would apply if it is "more likely than not" that the person would be tortured.[13]

Even after ratification, U.S. agencies in charge of immigration proceedings refused to apply the non-refoulement provision of the Convention Against Torture in the absence of implementing legislation by Congress.[14] In *Matter of H-M-V-*, the petitioner claimed he would be tortured upon his return to Iran, but the U.S. Board of Immigration Appeals (BIA) refused to apply the Convention.[15] The BIA held that since Congress had not passed any legislation implementing the Convention Against Torture, and instead had passed statutes limiting the availability of a related form of immigration relief known as withholding from deportation, it did not have the authority to act.[16]

In 1998, soon after *Matter of H-M-V-* was decided, Congress passed the Foreign Affairs Reform and Restructuring Act (FARRA).[17] The FARRA is relevant to this report in three respects. First, it states that it "shall be the policy of the United States not to expel, extradite, or otherwise effect the involuntary return of any person to a country in which there are substantial grounds for believing the person would be in danger of being subjected to torture, regardless of whether the person is physically present in the United States."[18] This language substantially tracks Article 3 of the Convention Against Torture. In addition, it protects people even if they are not physically

---

[6] CAT art. 3.
[7] 24 I.L.M. 535 (1985).
[8] *See* http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm (last visited Apr. 22, 2005). Article 27 of the Convention Against Torture states that it will enter into force upon the twentieth instrument of ratification.
[9] *Id.*
[10] 3 Charles Gordon, Stanley Mailman & Stephen Yale-Loehr, Immigration Law and Procedure § 33.10[2] (rev. ed. 2005).
[11] 136 Cong. Rec. S17,486 (Oct. 27, 1990).
[12] *Id.*
[13] 136 Cong. Rec. S10093 (July 19, 1990).
[14] *See* Matter of H-M-V-, 22 I. & N. Dec. 256 (U.S. Board of Immigration Appeals (BIA) 1998).
[15] *Id.* at 258.
[16] *Id.* at 259. In 1996, Congress passed the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA), Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214, and the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (IIRIRA) (enacted as Division C of Omnibus Consolidated Appropriations Act, 1997, Pub. L. No. 104-208, § 303(b)(3), 110 Stat. 3009, 3009-586)), both of which limited certain types of relief from deportation.
[17] Pub. L. No. 105-277, Div. G, § 2242, 112 Stat. 2681, 2681-822 (1998) [hereinafter FARRA].
[18] *Id.* § 2242(a).

in the United States. Thus, all types of transfers are covered by this provision, including extraterritorial renditions.

Second, the FARRA required federal agencies to publish regulations implementing Article 3 of the Convention Against Torture.[19] Third, the FARRA instructed agencies that when publishing their regulations, they should, "consistent with the obligations of the United States under the Convention," exclude from protection noncitizens described in Immigration and Nationality Act (INA) § 241(b)(3)(B).[20] That provision exempts from a similar type of protection called restriction on removal a variety of noncitizens, including those who have been convicted of a particularly serious crime or where "there are reasonable grounds to believe that the alien is a danger to the security of the United States."[21]

It is important to emphasize that the FARRA did not mandate excluding security risks from protection under Article 3 the Convention Against Torture. It merely instructed U.S. agencies to do so in their regulations, but "consistent with the obligations of the United States under the Convention."

Following the FARRA's enactment, the Immigration and Naturalization Service (INS), now a part of the Department of Homeland Security, passed interim implementing regulations in 1999[22] and slightly revised them in 2000.[23] These regulations also apply to the Executive Office for Immigration Review, which is part of the Department of Justice.[24] In addition, the Department of State passed its own regulations in 1999 to apply Article 3 of the Convention Against Torture in the extradition context.[25] In contrast, other U.S. agencies, such as the Department of Defense and the Central Intelligence Agency, have not published formal regulations implementing the Convention Against Torture.[26]

The INS regulations implementing the Convention Against Torture do not make substantive exceptions to the non-refoulement provision.[27] As the United States recently noted in a report to the UN Committee Against Torture, "The United States remains committed to providing Article 3 protection to all aliens in its territory who require such protection, and recognizes that there are no categories of aliens who are excluded from protection under Article 3."[28] In three situations,

---

[19] *Id.* § 2242(b).
[20] *Id.* § 2242(c).
[21] INA § 241(b)(3)(B), 8 U.S.C. § 1231(b)(3)(B).
[22] 64 Fed. Reg. 8478 (Feb. 19, 1999) (interim rule with request for comments).
[23] 65 Fed. Reg. 76,121 (Dec. 6, 2000) (final rule) (codified at 8 C.F.R. § 208.16–18). There were no major differences between the interim and final regulations concerning Convention Against Torture claims.
[24] In 2003, when the INS was reorganized into the Department of Homeland Security, these regulations were duplicated to apply to the EOIR. 68 Fed. Reg. 9824, 9834, 9846 (Feb. 28, 2003); 8 C.F.R. § 1208.16–18. Since the regulations at 8 C.F.R. § 1208 are identical to the regulations at 8 C.F.R. § 208, this report only cites the § 208 regulations.
[25] 64 Fed. Reg. 9435, 9437 (Feb. 26, 1999) (codified at 22 C.F.R. § 95.1-4).
[26] The Central Intelligence Agency may have some internal policy guidelines concerning diplomatic assurances in the torture context. *See* Dana Priest, *CIA's Assurances on Transferred Suspects Doubted; Prisoners Say Countries Break No-Torture Pledges*, Washington Post, Mar. 17, 2005, at A1.
[27] 8 C.F.R. §§ 208.17, 208.18(d).
[28] U.S. Dep't of State, Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 35 (May 6, 2005), *available at* http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm (last visited May 16, 2005).

however, different procedures may apply under U.S. law to certain noncitizens seeking relief under the Convention Against Torture. The first is where the noncitizen is subject to expedited removal on security-related grounds.[29] The second is when the noncitizen is subject to certain alien terrorist removal procedures.[30] The third is where the Secretary of State seeks assurances from the noncitizen's home country that the noncitizen will not be tortured upon return. These three situations are discussed in more detail below.

4. U.S. Immigration Procedures

A. Normal Inspection Procedures

When a noncitizen of the United States arrives at a U.S. port, immigration officers conduct an inspection.[31] The noncitizen must present required documents to the inspector and establish his admissibility to the satisfaction of the inspector. Inspectors have the authority to question each entrant, with or without oath; to bar passage and to detain those whose eligibility seems debatable; and to arrest persons attempting improper entry. If the immigrant inspector is satisfied that the applicant is entitled to enter, the inspector admits the applicant to the United States. If the noncitizen's admissibility is in doubt or further inquiry is indicated, the applicant may be detained pending a final determination of admissibility by an immigration judge. The immigration judge conducts a removal proceeding to determine if the noncitizen is admissible or deportable.

B. Normal Removal Procedures[32]

Removal proceedings are considered civil, not criminal actions, and deportation is not punishment.[33] Noncitizens in removal proceedings thus have fewer due process protections than do individuals in criminal proceedings.[34] For example, noncitizens in U.S. immigration proceedings do not have a right to an appointed attorney or a jury trial. Noncitizens do have the right to hire a lawyer at their own expense to represent them in immigration proceedings.[35]

The immigration judge must determine whether the noncitizen is inadmissible or deportable. There are several steps in this process. First, the U.S. government has the burden to establish the court's jurisdiction by proving that the person in court is an "alien," meaning not a citizen of the United States.[36]

Second, the noncitizen must establish that he or she is entitled to be admitted. A noncitizen seeking transit through the United States must show that he or she is "clearly and beyond doubt

---

[29] INA § 235(c), 8 U.S.C. § 1225(c).
[30] INA §§ 501-07, 8 U.S.C. § 1531-37.
[31] *See generally* 2 Charles Gordon, Stanley Mailman & Stephen Yale-Loehr, Immigration Law and Procedure § 12.07 (rev. ed. 2005).
[32] *See generally* 5 Charles Gordon, Stanley Mailman & Stephen Yale-Loehr, Immigration Law and Procedure § 64.03 (rev. ed. 2005).
[33] INS v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032 (1984).
[34] *Id.*
[35] INA § 292, 8 U.S.C. § 1362.
[36] INS v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032, 1039 (1984).

entitled to be admitted and is not inadmissible."[37] This high standard is even higher that the U.S. government's burden of proof in criminal proceedings. In a criminal case, the prosecution must show that the accused is guilty "beyond a reasonable doubt." Noncitizens may be inadmissible for a variety of reasons, including ill-health, prior criminal convictions, or suspected terrorist activities.[38]

Third, if the noncitizen establishes admission, the government must affirmatively establish, by clear and convincing evidence, that the noncitizen is deportable.[39] Deportability must be based upon reasonable, substantial, and probative evidence.[40] There are many grounds of deportability, including one for engaging in "terrorist activities."[41]

Fourth, the noncitizen may attempt to establish a ground for relief from deportation. To be eligible for relief under the Convention Against Torture, the individual must show that it is more likely than that he will be tortured upon return to the proposed country of removal.[42]

Finally, if the immigration judge decides that the noncitizen is deportable, he or she must inform the individual of the opportunity to appeal the decision.[43]

C. Expedited Removal Procedures[44]

In addition to the normal removal procedures described above, "expedited" removal procedures are available in two circumstances.[45] The first is when a noncitizen lacks the necessary documentation or has used fraud or misrepresentation in obtaining documentation.[46] We call this INA § 235(b) expedited removal. The second is for a variety of security-related grounds.[47] We call this INA § 235(c) expedited removal.

It is unclear whether Mr. Arar went through any kind of expedited removal procedures. If he did, it would have been expedited removal under INA § 235(c), for security reasons. We say this because nothing indicates that there was anything wrong with Mr. Arar's documents that would have made him subject to expedited removal under INA § 235(b). We start with a discussion of INA § 235(b) expedited removal procedures, however, because those procedures differ from the procedures for expedited removal under INA § 235(c).

(1) Expedited Removal under INA § 235(b)

---

[37] INA § 240(c)(2)(A), 8 U.S.C. § 1229a(c)(2)(A).
[38] The grounds of inadmissibility are set forth in INA § 212, 8 U.S.C. § 1182. *See generally* 5 Charles Gordon, Stanley Mailman & Stephen Yale-Loehr, Immigration Law and Procedure ch. 63 (rev. ed. 2005).
[39] INA § 240(c)(3)(A), 8 U.S.C. § 1229a(c)(3)(A).
[40] *Id.*
[41] INA § 237(a)(4), 8 U.S.C. § 1227(a)(4).
[42] 8 C.F.R. § 208.16(c)(2).
[43] INA § 240(c)(4), 8 U.S.C. § 1229a(c)(4).
[44] *See generally* 5 Charles Gordon, Stanley Mailman & Stephen Yale-Loehr, Immigration Law and Procedure § 64.06 (rev. ed. 2005).
[45] INA § 235(b), (c), 8 U.S.C. § 1225(b), (c).
[46] INA § 235(b), 8 U.S.C. § 1225(b).
[47] INA § 235(c), 8 U.S.C. § 1225(c).

If an INS inspector determines that the individual is subject to expedited removal under INA § 235(b) based on fraud, misrepresentation, or a lack of immigration documents, the inspector must take a sworn statement from the noncitizen.[48] In taking this sworn statement, the inspection officer must ask the noncitizen whether he has any fear of returning to his home country. If the noncitizen does not express a fear of return or a desire to apply for asylum, the individual may be ordered removed without further process. The order becomes final after review and approval by a supervisory immigration officer.[49] An immigration judge cannot review such an order.[50]

By contrast, if a person in INA § 235(b) expedited removal proceedings expresses a fear of persecution or torture, the immigration officer cannot immediately proceed with a removal order but instead must refer the noncitizen to a "credible fear" interview with an asylum officer.[51] For this procedure, noncitizens have the right to a lawyer at their own expense.[52] The asylum officer must determine whether the asylum seeker has a "credible fear," meaning "there is a significant possibility, taking into account the credibility of the statements made by the alien in support of the alien's claim and such other facts as are known to the officer, that the alien could establish eligibility for asylum."[53] The asylum officer will also determine whether the person has a credible fear of torture for purposes of consideration for protection under Article 3 of the Convention Against Torture.[54]

If the asylum officer finds a credible fear of persecution or torture, the officer refers the asylum seeker into regular removal proceedings.[55] The person is no longer subject to expedited removal proceedings and may have their applications for asylum and related protections heard by an immigration judge in regular removal proceedings.

If a credible fear of persecution or torture is not found, the applicant may request a review by an immigration judge of the negative credible fear determination.[56] This review may occur within 24 hours[57] and may be conducted by telephone conference rather than in person.[58] The immigration judge must determine whether there is a "significant possibility," taking into account the credibility of the noncitizen's statements and other facts, that the individual could establish eligibility for asylum or relief under the Convention Against Torture.[59] If the immigration judge concludes that the noncitizen has a credible fear of persecution or torture, the judge refers the asylum seeker into regular removal proceedings.[60] If the immigration judge concludes that a noncitizen does not have a credible fear of persecution or torture, the judge must

---

[48] INA § 235(b)(1), 8 U.S.C. § 1225(b)(1); 8 C.F.R. § 208.30.
[49] INA § 235(b)(1)(B)(iii)(I), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(I).
[50] *Id.*
[51] INA § 235(b)(1)(A)(ii), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(A)(ii).
[52] INA § 235(b)(1)(B)(iv), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iv).
[53] INA § 235(b)(I)(B)(v), 8 U.S.C. § 1225(b)(I)(B)(v).
[54] 8 C.F.R. § 208.30(e)(3).
[55] 8 C.F.R. §§ 208.30(f), 235.3(b)(4).
[56] INA § 235(b)(1)(B)(iii)(III), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(III).
[57] INA § 235(b)(1)(B)(iii)(III), 8 U.S. C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(III); 8 C.F.R. § 1003.42(e).
[58] 8 C.F.R. § 1003.25(c).
[59] 8 C.F.R. § 1003.42(d).
[60] 8 C.F.R. § 1003.42(f).

affirm the asylum officer's determination and remand the case for execution of the expedited removal order.[61]

(2) Expedited Removal under INA § 235(c)

INA § 235(c) states that "[i]f an immigration officer or an immigration judge suspects that an arriving alien may be inadmissible … [for a security-related ground], the officer or judge shall … order the alien removed."[62] One security-related ground is when "the Attorney General knows, or has reasonable ground to believe, [that the alien] is engaged in or is likely to engage after entry in any terrorist activity."[63] The Attorney General must review this order. If the Attorney General finds that the noncitizen is inadmissible for a security-related ground, and that "disclosure of the information would be prejudicial to the public interest, safety, or security," he may "order the alien removed."[64] The Attorney General's decision is not reviewable by an immigration judge.[65]

INA § 235(c) does not explicitly provide for relief under the Convention Against Torture, but the regulations do.[66] The regulations state that the immigration agency "shall not execute a removal order under [INA § 235(c)] … under circumstances that violate … Article 3 of the Convention Against Torture."[67] The regulations, however, do not specifically set forth the procedures for considering Convention Against Torture claims in the INA § 235(c) expedited removal context. They simply state that the immigration agency will "assess the applicability of Article 3 through the removal process to ensure that a removal order will not be executed under circumstances that would violate the obligations of the United States under Article 3."[68] The regulations add that the normal asylum procedures "shall not apply."[69] Thus, it is unclear what procedures the U.S. immigration agency had to follow to consider Mr. Arar's request to avoid being tortured.

D. Alien Terrorist Removal Procedures[70]

The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA)[71] established special removal procedures for "alien terrorists."[72] AEDPA creates a special removal court consisting of five federal district court judges. They are appointed by the Chief Justice of the United States.[73]

---

[61] *Id.*
[62] INA § 235(c)(1), 8 U.S.C. § 1225(c)(1).
[63] INA § 212(a)(3)(B)(i)(II), 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(i)(II).
[64] INA § 235(c)(2), 8 U.S.C. § 1225(c)(2).
[65] INA § 235(c)(2)(B), 8 U.S.C. § 1225(c)(2)(B).
[66] 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).
[67] 8 C.F.R. § 235.8(b)(4).
[68] 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).
[69] 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).
[70] *See generally* 5 Charles Gordon, Stanley Mailman & Stephen Yale-Lochr, Immigration Law and Procedure § 64.11 (rev. ed. 2005).
[71] Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA), Pub. L. No. 104-132, § 401, 110 Stat. 1214, 1258 (enacting a new Title V within the INA), *as amended by* the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (enacted as Division C of Omnibus Consolidated Appropriations Act, 1997, Pub. L. No. 104-208, § 354, 110 Stat. 3009, 3009-641).
[72] INA § 237(a)(4)(B), 8 U.S.C. § 1227(a)(4)(B).
[73] INA § 502(a), 8 U.S.C. § 1532(a).

The Attorney General begins these special removal proceedings by filing an application with the removal court. The application must establish probable cause that the individual is an alien terrorist, is physically present in the United States, and that the standard removal procedures would pose a risk to national security.[74] A single judge on the removal court determines whether to grant the application to hold the removal proceeding.

This special removal proceeding shares many similarities with a criminal trial. It is open to the public.[75] The noncitizen has a right to representation by counsel and a right to appointed counsel if he cannot afford one.[76] The noncitizen can introduce evidence, examine and cross-examine witnesses, and request subpoenas for witnesses and documents.[77] The Federal Rules of Evidence do not apply,[78] however, and evidence may be withheld if disclosure would endanger national security.[79]

The government must justify removal by a preponderance of the evidence.[80] This is a lower burden on the government than in a normal removal proceedings. Both the government and the noncitizen may appeal the court's decision to the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit.[81] Following a decision by the D.C. Circuit, either party may ask the U.S. Supreme Court to review the case.[82]

The immigration statute does not explicitly state whether "alien terrorists" in these special proceedings may apply for relief under the Convention Against Torture. In any event, the United States did not invoke these procedures against Mr. Arar. Indeed, in the nine years since their enactment the United States has never used the special removal proceedings against alien terrorists.

E. Diplomatic Assurances Obtained by the Secretary of State

The Secretary of State may seek assurances from the country to which the noncitizen would be removed that the noncitizen would not be tortured upon return. In evaluating such assurances, the State Department uses a "more likely than not" test, *i.e.*, is it more likely than not that the individual will be tortured in the country to which he is being returned.[83]

If the State Department provides such assurances, "the Attorney General shall determine, in consultation with the Secretary of State, whether the assurances are sufficiently reliable to allow the alien's removal to that country consistent with Article 3 of the Convention Against

---

[74] INA § 503(a)(1), 8 U.S.C. § 1533(a)(1).
[75] INA § 504(a)(2), 8 U.S.C. § 1534(a)(2).
[76] INA § 504(c)(1), 8 U.S.C. § 1534(c)(1).
[77] INA § 504(c)-(d), 8 U.S.C. § 1534(c)-(d).
[78] INA § 504(h), 8 U.S.C. § 1534(h).
[79] INA § 504(e)(1)(A), 8 U.S.C. § 1534(e)(1)(A).
[80] INA § 504(g), 8 U.S.C. § 1534(g).
[81] INA § 505(c), 8 U.S.C. § 1535(c).
[82] INA § 505(d), 8 U.S.C. § 1535(d).
[83] Al-Anazi v. Bush, Civil Action No. 05-0345 (JDB), 2005 U.S. Dist. LEXIS 6803, at *9 (D.D.C. Apr. 21, 2005) (citing declaration of State Department official Pierre-Richard Prosper).

Torture."[84] It is unclear whether the Attorney General is bound by the "more likely than not" standard, as this may apply only to determinations by an immigration judge.[85] The Attorney General's decision is not reviewable by an immigration judge or the Board of Immigration Appeals.[86]

The United States has acknowledged that it has removed several individuals to their home countries since the September 11 terrorist attacks based on diplomatic assurances from the receiving country that they would not be tortured.[87]

5. Legal Analysis

A. Mr. Arar's Rights Under the Convention Against Torture

The Convention Against Torture does not contain any exceptions to the non-refoulement provision. Nor did the U.S. Senate endorse any exceptions to the non-refoulement provision when it ratified the Convention Against Torture. Thus, Maher Arar's removal to Syria violated the Convention as adopted by the United States if it was more likely than not that he would be tortured in Syria.

Syria's record of torture is well known. President Bush has described Syria's "legacy of torture, oppression, misery, and ruin."[88] The State Department's annual human rights report for 2002, the year the United States sent Mr. Arar to Syria, stated that "there was credible evidence that [Syrian] security forces continued to use torture," and that torture methods included "administering electrical shocks; pulling out fingernails; forcing objects into the rectum; beating, sometimes while the victim is suspended from the ceiling; hyperextending the spine; bending the detainees into the frame of a wheel and whipping exposed body parts; and using a chair that bends backwards to asphyxiate the victim or fracture the victim's spine."[89]

Mr. Arar repeatedly told U.S. agents that he feared torture if he was removed to Syria.[90] Mr. Arar explained that he left Syria before doing his military service and that the Syrian government accused a family member of being affiliated with a terrorist organization called the Muslim

---

[84] 8 C.F.R. § 208.18(c)(2). Although the regulations continue to state that the U.S. Attorney General will consult with the U.S. State Department concerning the reliability of diplomatic assurances, in all likelihood the Department of Homeland Security (DHS) has taken over this role since the transfer of the immigration agency from the Justice Department to the DHS. *See* U.S. Dep't of State, Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 30 (May 6, 2005), *available at* http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm (last visited May 16, 2005).

[85] 8 C.F.R. § 208.16(c)(4).

[86] 8 C.F.R. § 208.18(c)(3).

[87] U.S. Dep't of State, Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 30 (May 6, 2005), *available at* http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm (last visited May 16, 2005).

[88] *See* BBC News, Excerpts from speech by U.S. President George W. Bush to the National Endowment for Democracy (Nov. 6, 2003), *available at* http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3248639.stm (last visited Apr. 30, 2005).

[89] U.S. Department of State, Country Reports on Human Rights Practices, Syria, 2002 (Mar. 2003), *available at* http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2002/18289.htm (last visited May 10, 2005).

[90] Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, at 3, *at* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (last visited May 10, 2005).

Brotherhood.[91] Given Mr. Arar's particular situation and Syria's history of torture, it seems clear that Mr. Arar would be tortured if he was removed to Syria.

The United States may have sought assurances from Syria that Mr. Arar would not be tortured. However, it would be preposterous for the United States to even seek such assurances, given that Mr. Arar is a Canadian citizen, has lived in Canada since about 1987,[92] and the overwhelming evidence suggested that he would be tortured in Syria. Even if such assurances were obtained from the Syrian government, they could not have been taken seriously, given Syria's history of torture.

B. Mr. Arar's Procedural Rights in U.S. Removal Proceedings

The INS had several procedural options available to it in determining Mr. Arar's admissibility to the United States: normal removal procedures, expedited removal procedures for security risks, and alien terrorist removal procedures.[93] Since Mr. Arar was not afforded any trial-type procedures, the INS may have applied expedited removal proceedings. In expedited removal proceedings under INA § 235(c), the standard for justifying removal for alleged security risks is quite low. The Attorney General needs only a "reasonable ground to believe [that the noncitizen] is engaged in or is likely to engage … in any terrorist activity."[94]

Mr. Arar has stated that while he was detained in the United States he was given a document indicating that he was inadmissible under INA "Section 235C" [sic] because he was supposedly a member of Al Qaeda.[95] Unfortunately, we do not know the factual basis for that allegation. Even if Mr. Arar had been able to challenge that allegation in court, a U.S. court would probably have upheld it as legal. Under a U.S. Supreme Court case called *Kleindienst v. Mandel*, immigration authorities only need a "facially legitimate and bona fide" reason to support a decision that someone is inadmissible.[96] It is likely that U.S. immigration authorities could meet this low test in justifying Mr. Arar's removal under INA § 235(c).

That does not end the matter, however. Even if U.S. immigration authorities followed proper procedures in finding Mr. Arar deportable under INA § 235(c), their own regulations prevented

---

[91] *Id.*

[92] http://www.maherarar.ca/ (last visited May 10, 2005).

[93] Another procedural option is administrative removal. *See* 5 Charles Gordon, Stanley Mailman & Stephen Yale-Loehr, Immigration Law and Procedure § 64.08 (rev. ed. 2005). Administrative removal applies to noncitizens convicted of an "aggravated felony," an immigration term of art defined at INA § 101(a)(43), 8 U.S.C. § 1101(a)(43). Mr. Arar would not be eligible for administrative removal since he has not been convicted of an aggravated felony.

[94] INA § 212(a)(3)(B)(i)(II), 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(i)(II).

[95] Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, at 3, *at* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (last visited May 10, 2005). The State Department has corroborated this fact. U.S. Dep't of State, *U.S. Views Concerning Syrian Release of Mr. Maher Arar* (Oct. 6, 2003), *available at* http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2003/24965.htm (last visited May 11, 2005) ("Mr. Maher Arar was detained in New York on September 26, 2002 by United States immigration and law enforcement authorities after his name appeared on an immigration watch list. He was subsequently refused entry into the United States under Section 235C [sic] of the United States Immigration and Nationality Act based on information in the possession of United States law enforcement officials.").

[96] 408 U.S. 753, 769 (1972).

them from actually deporting him to Syria if he faced a risk of being tortured there. Thus, U.S. immigration authorities violated Article 3 of the Convention Against Torture by rendering Mr. Arar to Syria.[97]

C. Mr. Arar's Right to be Deported to Canada and not Syria

The U.S. immigration statute specifies the countries to which a noncitizen may be removed.[98] Noncitizens arriving at the United States who are placed in normal removal proceedings are to be removed to the country from which they came.[99] In Mr. Arar's case, that would have been to Switzerland, where his flight to New York had originated. Because Mr. Arar was not placed in a normal removal proceeding, however, he did not have that choice. Nevertheless, noncitizens like Mr. Arar who are not put in normal removal proceedings may designate one country to which they want to be removed.[100] The immigration agency "shall" remove the noncitizen to that country,[101] except in four circumstances: (1) the noncitizen fails to designate a country promptly; (2) the foreign county does not tell the United States within 30 days if it will take the individual; (3) the foreign country is not willing to accept the noncitizen; or (4) the immigration agency decides that removing the noncitizen to that country would prejudice the United States.[102] If any of those exceptions apply, the immigration agency may remove the noncitizen to another country in which he is a citizen.[103]

Mr. Arar has stated that he told U.S. immigration authorities that he wanted to be removed to Canada.[104] We do not have enough facts to determine whether one of the four exceptions applied to allow the United States to deport Mr. Arar to Syria rather than Canada. Even if one of the exceptions arguably gave the United States discretion to remove Mr. Arar to a country other than Canada, Article 3 of the Convention Against Torture should have prevented the U.S. government from deporting Mr. Arar to Syria, where he faced a known and serious risk of torture.

D. Possible Remedies for Mr. Arar

Mr. Arar has filed a civil lawsuit in the United States against U.S. officials.[105] His lawyers have alleged several violations of U.S. law. The U.S. government is vigorously defending itself against the allegations. It remains to be seen whether Mr. Arar will prevail. In the meantime, the following discussion outlines Mr. Arar's claims.

(1) Due Process

---

[97] 8 C.F.R. § 235.8(b)(4).
[98] INA § 241(b), 8 U.S.C. § 1231(b).
[99] INA § 241(b)(1)(A), 8 U.S.C. § 1231(b)(1)(A).
[100] INA § 241(b)(2), 8 U.S.C. § 1231(b)(2).
[101] INA § 241(b)(2)(A)(ii), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(A)(ii).
[102] INA § 241(b)(2)(C), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(C).
[103] INA § 241(b)(2)(D), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(D).
[104] Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, at 3, *at* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (last visited May 10, 2005).
[105] Arar v. Ashcroft, No. 04-CV-0249-DGT-VVP (E.D.N.Y. filed Jan. 24, 2004). Many of the litigation documents are at http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=zPvu7s2XVJ&Content=377 (last visited May 10, 2005).

The U.S. Constitution states that no person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law.[106] Mr. Arar claims that the U.S. government violated his due process rights by detaining him without access to an attorney or the court system, both in the United States before being rendered and while detained by the Syrian government, whose actions were complicit with the United States. He also alleges that the U.S. immigration officials who carried out his deportation violated his right to due process by recklessly subjecting him to torture at the hands of a foreign government that they had every reason to believe would carry out abusive interrogations.

(2) Torture Victim Protection Act

The Torture Victim Protection Act allows a torture victim to sue his foreign torturer in U.S. court.[107] Mr. Arar's claim under the Torture Victim Protection Act against U.S. officials is based on their complicity in bringing about the torture he suffered in Syria.

(3) Alien Tort Claims Act

A 1789 law allows a noncitizen to sue in U.S. court for a tort committed "in violation of the law of nations."[108] U.S. courts have held that deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights and thus accords a noncitizen jurisdiction to sue in federal court.[109] The Supreme Court has held that the Alien Tort Claims Act is solely a grant of jurisdiction to U.S. courts and that a cause of action must be found elsewhere.[110] Nevertheless, depending on the facts, this statute may give Mr. Arar another jurisdictional hook to sue in U.S. courts over his unlawful detention and torture.

6. Recommendations

Canada and the United States have taken certain steps to try to prevent another Canadian from being involuntarily rendered to a third country to be tortured. In January 2004 U.S. Secretary of State Colin Powell and Canadian Minister of Foreign Affairs William Graham exchanged letters expressing the two countries' understanding concerning removals of each other's nationals to third countries.[111] The letters provide for notification and expeditious consultation between the two countries of any intended removal of a citizen of the other country to a third country. In announcing the exchange of letters Foreign Affairs Minister Graham hailed the understanding as "an unprecedented step."[112]

---

[106] U.S. Const. amend. V.
[107] Torture Victim Protection Act of 1991, Pub. L. No. 102-256, 106 Stat. 73 (codified at 28 U.S.C. § 1350 note).
[108] Judiciary Act of 1789, ch. 20, § 9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789) (codified at 28 U.S.C. § 1350).
[109] *See, e.g.*, Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995); Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876, 878 (2d Cir. 1980).
[110] Sosa v. Alvarez-Machain, __ U.S. __, 124 S. Ct. 2739, 2754-55 (2004).
[111] Letters between U.S. Secretary of State Colin Powell and Canadian Minister of Foreign Affairs William Graham (Jan. 13, 2004) (copies on file with author).
[112] *Id.*

Unfortunately, the understanding does not go nearly far enough. It only provides for notification and consultation; it does not require Canada to consent before the United States can remove a Canadian to a third country. For example, Mr. Arar was granted access to a Canadian consular official while he was detained in the United States.[113] A report by the Royal Canadian Mounted Police also shows that U.S. and Canadian officials consulted about Mr. Arar while he was detained in the United States (although on the basis of the publicly available record, it is difficult to assess whether they consulted about deporting him to Syria).[114] Yet despite such notification and consultation, Mr. Arar was involuntarily removed to Syria. The understanding does not necessarily prevent a similar situation from arising again.

Canada and the United States should negotiate a stronger understanding about involuntary removals of each other's nationals to a third country. The United States should agree not to remove a Canadian citizen to a third country unless Canada explicitly agrees in advance, in writing. If such an understanding cannot be reached, then at the very least the United States should agree that if a Canadian expresses a fear of torture or persecution by being removed to a third country, the United States will not remove that person until after he or she applies for asylum or relief under the Convention Against Torture before a U.S. immigration judge, and the judge has ruled on that claim. (Canada should agree to similar measures for U.S. citizens it may want to remove to a third country.) As Mr. Arar's case shows, the current procedures concerning expedited removal of suspected terrorists from the United States are too vague to guarantee compliance with Article 3 of the Convention Against Torture.

Mr. Arar's case also shows the inadequacy of diplomatic assurances. As the accompanying Human Rights report for this commission indicates in more detail, diplomatic assurances are not effective, both legally and as a practical matter. Both Canada and the United States should abolish diplomatic assurances in Convention Against Torture cases.

Conclusion

The U.S. immigration statute gives great authority and discretion to U.S. officials in deciding who to remove from the United States and how. Such authority, however, is not unfettered. Article 3 of the Convention Against Torture prohibits U.S. officials from sending a person to another country where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. In my view, ample evidence existed that Syrian officials would torture Mr. Arar if he was sent there. Moreover, Mr. Arar told U.S. officials he feared being tortured if sent to Syria. For these reasons, it appears that U.S. government officials violated Article 3 of the Convention Against Torture by rendering Mr. Arar to Syria.

---

[113] Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, at 3, *at* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (last visited May 10, 2005).

[114] Final Report by Brian S. Garvie, Chief Superintendent, Royal Canadian Mounted Police, File # 2003A-5075 (undated), *available at* http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=zPvu7s2XVJ&Content=377 (last visited May 10, 2005).

La légalité du traitement de Maher Arar en vertu du droit de l'immigration des É.-U.

Par Stephen W. Yale-Loehr et Jeffrey C. O'Neill*

Présentation à la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar

Déposée le 16 mai 2005

Introduction

Ce rapport analyse la légalité du traitement de M. Maher Arar au vu du droit de l'immigration des É.-U. Le rapport débute par un court résumé des faits pertinents à la détention de M. Arar aux États-Unis à l'automne 2002 et sa « remise » ultérieure à la Syrie, où il a été présumément torturé et détenu durant un an avant d'être finalement libéré sans accusation. La partie 2 définit brièvement la remise et la remise extraordinaire. La partie 3 donne un aperçu de la Convention contre la torture des Nations Unies, particulièrement de l'article 3 de la Convention, qui interdit à un pays d'expédier une personne dans un autre pays où il y existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. La partie 4 résume les dispositions du droit de l'immigration des É.-U visant le renvoi des États-Unis. La partie 5 applique le droit de l'immigration des É.-U. aux faits du cas de M. Arar, et conclut que les autorités des É.-U. ont probablement violé l'article 3 de la Convention contre la torture en remettant M. Arar à la Syrie où il faisait face à un risque sérieux et connu d'être torturé. La partie 6 présente de modestes recommandations pour tenter de prévenir qu'un autre cas comme celui de M. Arar ne se reproduise.

1. Résumé de la détention et de la remise de Maher Arar à la Syrie[1]

Maher Arar est né en Syrie. Il a immigré au Canada avec sa famille alors qu'il était adolescent. Il est aujourd'hui un citoyen canadien.

---

* Stephen W. Yale-Loehr (SWY1@cornell.edu) est le co-auteur de *Immigration Law and Procedure*, le traité de droit de l'immigration le plus important (en vingt volumes), publié par LexisNexis Matthew Bender. Il enseigne aussi le droit de l'immigration et le droit d'asile à la Cornell Law School et agit à titre d'avocat-conseil au sein du cabinet True, Walsh & Miller (http://www.twmlaw.com) à Ithaca, New York. Il a écrit ou co-écrit plusieurs livres dont *America's Challenge: Domestic Security, Civil Liberties and National Unity After September 11*. À plusieurs reprises, il a comparu devant le Congrès américain, ainsi que comme témoin expert devant les tribunaux canadiens et américains. Il est président du Refugee Steering Committee de la section américaine d'Amnistie Internationale. En 1981, il a obtenu son diplôme *avec distinction* de la Cornell Law School, où il occupait le poste d'éditeur en chef du Cornell International Law Journal. Il est président du Business Immigration Committee de l'American Immigration Lawyers Association (AILA). En 2001, il a reçu le prix Elmer Fried de l'AILA pour l'excellence de son enseignement et, en 2002, le prix Edith Lowenstein de l'AILA pour l'excellence dans la pratique du droit de l'immigration.
Jeffrey C. O'Neill (JCO8@cornell.edu) a obtenu son diplôme de doctorat en droit de la Cornell Law School en 2005. Durant l'année 2005-2006, il fera un stage à Porto Rico auprès du juge Juan Torruella de la Cour d'appel des États-Unis.

[1] Ces faits proviennent de la plainte dans *Arar c. Ashcroft*, n° 04-CV-0249-DGT-VVP (E.D.N.Y. déposée le 24 janvier 2004) et de Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, a la p. 3) au site Internet http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (dernière visite le 10 mai 2005).

Alors qu'il était en vacances avec sa famille en Tunisie à la fin de septembre 2002, M. Arar a reçu un courriel de MathWorks, son ancien employeur, lui demandant de revenir à Ottawa pour une consultation avec un client potentiel. Le 25 septembre 2002, M. Arar a pris l'avion pour Zurich, en Suisse, laissant sa femme et ses deux enfants poursuivre leurs vacances. Après s'être arrêté une nuit à Zurich, il a pris l'avion pour Montréal, avec une escale pour changer d'avion à l'aéroport John F. Kennedy de New York. À son arrivée à New York, M. Arar est passé par les inspections de l'immigration des É.-U. pour pouvoir prendre son vol de correspondance pour le Canada. Des agents des É.-U. ont détenu M. Arar et l'ont interrogé durant plusieurs jours au sujet de sa présumée participation ou affiliation avec divers groupes terroristes.

Le 1er octobre 2002, M. Arar a reçu un document précisant qu'il lui était interdit de pénétrer sur le territoire des États-Unis parce qu'il appartenait à une organisation désignée par le secrétaire d'État des É.-U. comme une organisation terroriste étrangère, à savoir Al Qaeda. M. Arar a demandé d'être renvoyé au Canada, et a exprimé sa crainte d'être torturé s'il était déporté en Syrie.

Le 8 octobre 2002, les agents du gouvernement des É.-U. ont expédié M. Arar par avion en Jordanie, où il a été remis aux agents de la Syrie. Pendant l'année qui a suivi, il a été détenu et présumément torturé par les agents de sécurité de la Syrie. Il a finalement été libéré sans accusation en octobre 2003.

2. Définition de remise et remise extraordinaire

Il n'y a pas de définition précise en droit international de la remise (le transfert) d'une personne d'un État à un autre. Le terme implique un consentement par l'État effectuant la remise de transférer une personne à l'État d'accueil.[2] Les États ont recours à la remise lorsqu'ils ne possèdent pas de traité d'extradition avec un État requérant ou qu'ils tentent d'éviter les contraintes légales d'une extradition formelle.[3]

Traditionnellement, la remise a été utilisée pour répondre au désir de l'État d'accueil de citer un individu à son procès pour un crime. Cependant, plus récemment c'est l'État qui effectue la remise qui a le plus souvent pris la décision d'expédier des personnes à l'étranger, particulièrement au vu de préoccupations en matière de sécurité ou de terrorisme. Ces remises sont connues sous le nom de remises extraordinaires. Bien que l'ampleur des remises extraordinaires soit inconnue, on estime que le gouvernement des É.-U. a utilisé la remise extraordinaire vers d'autres pays à l'égard de plus de 150 personnes depuis l'attaque terroriste du 11 septembre 2001.[4]

---

[2] FITZPATRICK Joan, *Rendition and Transfer in the War Against Terrorism: Guantanamo and Beyond*, 25 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 457, 457-58 (2002) (citant Geoff Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms* 337 (1998)).

[3] Idem.

[4] MAYER Jane, *Outsourcing Torture*, New Yorker, 14 février 2005, à la p. 106. Voir aussi PRIEST Dana, *CIA's Assurances on Transferred Suspects Doubted; Prisoners Say Countries Break No-Torture Pledges*, Washington Post, 17 mars 2005, à la page A1 (à elle seule, la CIA a remis plus de cent personnes).

3. Survol de la Convention contre la torture

La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après désignée Convention contre la torture ou Convention) a été conçue pour « accroître l'efficacité de la lutte contre la torture … dans le monde entier ».[5] La Convention exige que les États signataires prennent des mesures pour prévenir la torture à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de leur territoire. L'article 3 de la Convention, la disposition de non-refoulement, interdit à un État d'expédier une personne dans un autre État « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».[5]

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention contre la torture en 1984 et l'a ouverte à la signature en 1985.[7] La Convention est entrée en vigueur en 1987.[8] Plus de 135 États ont ratifié la Convention.[9]

Les États-Unis ne se sont pas empressés de ratifier la Convention contre la torture. Ils ne l'ont signée qu'en avril 1988.[10] Le Sénat des É.-U. a adopté sa résolution d'avis et de consentement en octobre 1990,[11] mais les États-Unis ne sont devenus une partie officielle au traité qu'en novembre 1994.[12] Lorsque le Sénat a ratifié la Convention contre la torture, il a ajouté une explication selon laquelle les termes « motifs sérieux » de l'article 3 signifiaient que l'article 3 s'applique s'il est « plus probable que non » que la personne soit torturée.[13]

Même après la ratification, les agences des É.-U. chargées des procédures d'immigration ont refusé d'appliquer la disposition de non-refoulement de la Convention contre la torture en l'absence d'une loi habilitante du Congrès.[14] Dans l'affaire *Matter of H-M-V-*, le requérant prétendait qu'il serait torturé lors de son retour en Iran, mais le tribunal d'appel de l'immigration des É.-U. (U.S. Board of Immigration Appeals (BIA)) a refusé d'appliquer la Convention.[15] Le BIA a conclu que puisque le Congrès n'avait pas adopté une loi mettant en application la Convention contre la torture, et avait plutôt adopté une loi limitant la disponibilité d'une forme reliée de protection, connue sous le nom de protection contre l'expulsion, il n'était pas habilité à agir.[16]

---

[5] Préambule de la Convention contre la torture, A.G. rés. 39/46, 39 U.N. GAOR Supp. No. 51, à la p. 197. U.N. Doc. A/RES/39/708 (10 déc. 1984) [ci-après nommé CCT].

[6] CCT art. 3.

[7] 24 I.L.M. 535 (1985).

[8] Voir http://www.ohchr.org/french/countries/ratification/9.htm (dernière visite le 22 avril 2005). L'article 27 de la Convention contre la torture énonce qu'elle entrera en vigueur lors du vingtième instrument de ratification.

[9] Idem

[10] GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*, § 33.10[2] (rev. ed. 2005)

[11] 136 Cong. Rec. S17,486 (27 octobre 1990).

[12] Idem.

[13] 136 Cong. Rec. S10093 (19 juillet 1990).

[14] *Voir* Matter of H-M-V-, 22 I. & N. Dec. 256 (U.S. Board of Immigration Appeals (BIA) 1998).

[15] Idem à la p. 258.

[16] Idem à la page 259. En 1996, le Congrès a approuvé la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* (AEDPA), Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214, et la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996* (IIRIRA) (adoptée comme *Division C of Omnibus Consolidated Appropriations Act*, 1997, Pub. L. No. 104-208, § 303(b)(3), 110 Stat. 3009, 3009-586)), deux lois qui limitent certains types de protection contre l'expulsion.

En 1998, peu de temps après la décision dans *Matter of H-M-V-*, le Congrès a adopté la loi de restructuration et de réforme des affaires étrangères (Foreign Affairs Reform and Restructuring Act (FARRA)).[17] La FARRA est pertinente à ce rapport à trois égards. Tout d'abord, elle prévoit que « la politique des États-Unis est de ne pas expulser, extrader ou effectuer d'aucune autre façon un retour involontaire de toute personne vers un pays où il existe des motifs sérieux de croire que celle-ci risque d'être soumise à la torture, sans égard au fait que la personne soit physiquement présente aux Etats-Unis ».[18] Ce libellé suit essentiellement celui de l'article 3 de la Convention contre la torture. De plus, il protège les gens même s'ils ne sont pas physiquement aux États-Unis. Ainsi, tout type de transfert est couvert par cette disposition, y compris les remises extraterritoriales.

Ensuite, la FARRA exige que les agences fédérales publient des règlements d'application de l'article 3 de la Convention contre la torture.[19] Enfin, la FARRA donne instruction aux agences, lors de la publication de leur réglementation et « conformément aux obligations des États-Unis en vertu de la Convention », d'exclure de la protection les non citoyens décrits dans la loi sur la nationalité et l'immigration (Immigration and Nationality Act (INA)) § 241(b)(3)(B)).[20] Cette disposition exclut d'un type semblable de protection, intitulée restriction sur le renvoi d'une variété de non citoyens, y compris ceux qui ont été condamnés pour un crime particulièrement grave, ou « lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'un étranger est un danger pour la sécurité des États-Unis ».[21]

Il est important de souligner que la FARRA ne prévoit pas qu'on doit exclure de la protection en vertu de l'article 3 de la Convention contre la torture les personnes qui constituent un risque pour la sécurité Elle ne donne que des instructions aux agences des É.-U. de le faire dans leur réglementation, précisant que « celle-ci doit être conforme aux obligations des États-Unis en vertu de la Convention ».

À la suite de l'entrée en vigueur de la FARRA, le service de naturalisation et d'immigration (Immigration and Naturalization Service (INS)), qui fait maintenant partie du ministère de l'Intérieur (Department of Homeland Security), a adopté des règlements d'application provisoires en 1999[22] et les a légèrement révisés en 2000.[23] Ces règlements s'appliquent au Executive Office for Immigration Review, qui fait partie du ministère de la Justice.[24] De plus, le département d'État a adopté ses propres règlements en 1999 pour appliquer l'article 3 de la Convention contre la torture dans le contexte de l'extradition.[25] En revanche, d'autres agences

---

[17] Pub. L. No. 105-277, Div. G, § 2242, 112 Stat. 2681, 2681-822 (1998) [ci-après la FARRA].
[18] Idem § 2242(a).
[19] *Id*em § 2242(b).
[20] *Id.* § 2242(c).
[21] INA § 241(b)(3)(B), 8 U.S.C. § 1231(b)(3)(B).
[22] 64 Fed. Reg. 8478 (19 février 1999) (règlement provisoire,avec demande de commentaires).
[23] 65 Fed. Reg. 76,121 (6 déc. 2000) (règlement final) (codifié au 8 C.F.R. § 208.16–18). Il n'y avait pas de différences significatives entre les règlements provisoires et finals relatifs à la Convention contre la torture.
[24] En 2003, lorsque l'INS a été réorganisé en ministère de l'Intérieur (Department of Homeland Security), ces règlements ont été reproduits pour s'appliquer au EOIR. 68 Fed. Reg. 9824, 9834, 9846 (28 février 2003); 8 C.F.R. § 1208.16–18. Comme les règlements à 8 C.F.R. § 1208 sont identiques à ceux du 8 C.F.R. § 208 , ce rapport ne cite que les règlements § 208.
[25] 64 Fed. Reg. 9435, 9437 (26 février 1999) (codifié à 22 C.F.R. § 95.1-4).

des É.-U., comme le ministère de la Défense et la CIA, n'ont pas publié de réglementation formelle d'application de la Convention contre la torture.[26]

Les règlements de l'INS mettant en application la Convention contre la torture ne prévoient pas d'exceptions importantes à la disposition de non-refoulement.[27] Comme l'indiquaient récemment les États-Unis dans un rapport au Comité contre la torture de l'ONU : « Les États-Unis demeurent engagés à fournir la protection de l'article 3 à tous les étrangers sur son territoire qui ont besoin d'une telle protection, et reconnaissent qu'il n'existe pas de catégorie d'étrangers qui sont exclus de la protection en vertu de l'article 3. »[28] Dans trois situations cependant, des procédures différentes peuvent s'appliquer, en vertu du droit des É.-U., à certains non citoyens demandant une protection en vertu de la Convention contre la torture. La première s'applique lorsque le non citoyen est l'objet d'un renvoi accéléré pour des motifs liés à la sécurité.[29] La deuxième s'applique lorsque le non citoyen est l'objet de certaines procédures de renvoi des terroristes étrangers.[30] La troisième s'applique lorsque le Secrétaire d'État demande des garanties au pays de résidence d'un non citoyen que ce dernier ne sera pas torturé à son retour. Ces trois situations sont analysées ci-dessous de façon plus détaillée.

4. Procédures d'immigration aux États-Unis

A. Procédures normales d'inspection

Lorsqu'un non citoyen des États-Unis arrive à un port d'entrée des É.-U., les agents de l'immigration effectuent une inspection.[31] Le non citoyen doit présenter les documents requis à l'inspecteur et établir son admissibilité à la satisfaction de ce dernier. L'inspecteur est habilité à interroger, sous serment ou non, chaque personne arrivant, à refuser l'entrée et à détenir les personnes dont l'admissibilité semble douteuse. Il peut aussi arrêter les personnes qui essaient d'entrer illégalement. Si l'inspecteur de l'immigration est convaincu que le demandeur est autorisé à entrer aux États-unis, il l'y admet. Si l'admissibilité du non citoyen est mise en doute ou si une enquête plus poussée semble indiquée, le demandeur peut être détenu en attendant la décision finale sur son admissibilité par un juge de l'immigration. Le juge de l'immigration préside à une procédure de renvoi pour établir si le non citoyen est admissible ou s'il doit être renvoyé.

---

[26] La Central Intelligence Agency peut avoir certaines directives de politiques internes relatives aux garanties diplomatiques en contexte de torture. *Voir* PRIEST Dana, *CIA's Assurances on Transferred Suspects Doubted; Prisoners Say Countries Break No-Torture Pledges*, Washington Post, 17 mars 2005, à la p. A1

[27] 8 C.F.R. §§ 208.17, 208.18(d).

[28] U.S. Dep't of State, Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 35 (6 mai 2005), *disponible au site* http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm (dernière visite en date du 16 mai 2005).

[29] INA § 235(c), 8 U.S.C. § 1225(c).

[30] INA §§ 501-07, 8 U.S.C. § 1531-37.

[31] *Voir en général* 2 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*§ 12.07 (rev. ed. 2005).

B. Procédures normales de renvoi[32]

Les procédures de renvoi sont des procédures de nature civile et non criminelle, et l'expulsion n'est pas une sanction.[33] Les non citoyens faisant face à des procédures de renvoi ont donc moins de protections en matière d'application régulière de la loi que les personnes faisant face à des procédures criminelles.[34] Par exemple, un non citoyen n'a pas, dans le cadre des procédures d'immigration des É.-U., droit à un avocat nommé d'office ou à procès devant jury. Les non citoyens ont le droit d'embaucher un avocat à leurs frais pour les représenter lors des procédures d'immigration.[35]

Le juge de l'immigration doit établir si le non citoyen est interdit de territoire ou si ce dernier doit être déporté. Ce processus comporte plusieurs étapes. Premièrement, le gouvernement des É.-U. a le fardeau d'établir la compétence du tribunal en prouvant que la personne devant le tribunal est un étranger, savoir un non citoyen des États-Unis.[36]

Deuxièmement, le non citoyen doit établir son droit d'être admis. Un non citoyen demandant de transiter par les États-Unis doit démontrer « qu'il a clairement et hors de tout doute le droit d'être admis et qu'il n'est pas interdit de territoire ».[37] Cette norme est encore plus importante que le fardeau de la preuve du gouvernement des É.-U. dans des procédures criminelles. Au criminel, la poursuite doit démontrer que l'accusé est coupable « hors de tout doute raisonnable ». Le non citoyen peut être interdit de territoire pour plusieurs raisons, y compris la maladie, des condamnations criminelles antérieures ou des activités terroristes présumées.[38]

Troisièmement, si le non citoyen établit son admissibilité, le gouvernement doit établir hors de tout doute raisonnable, par une preuve claire et convaincante, que le non citoyen peut être expulsé.[39] Le fondement de l'expulsion doit être une preuve raisonnable, substantielle et probante.[40] Il existe plusieurs motifs d'expulsion, y compris le fait d'être engagé dans des « activités terroristes ».[41]

Quatrièmement, le non citoyen peut tenter d'établir un motif de protection contre l'expulsion. Pour être admissible à une protection en vertu de la Convention contre la torture, la personne doit démontrer qu'il est plus que probable qu'elle sera torturée lors de son retour dans le pays de renvoi proposé.[42]

---

[32] *Voir en général* 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*§ 64.03 (rev. ed. 2005).
[33] *INS c. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984).
[34] Idem.
[35] INA § 292, 8 U.S.C. § 1362.
[36] *INS c. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1039 (1984).
[37] INA § 240(c)(2)(A), 8 U.S.C. § 1229a(c)(2)(A).
[38] Les motifs d'interdiction de territoire sont exposés dans INA § 212, 8 U.S.C. § 1182. *Voir en général* 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*§ ch. 63 (rev. ed. 2005).
[39] INA § 240(c)(3)(A), 8 U.S.C. § 1229a(c)(3)(A).
[40] Idem.
[41] INA § 237(a)(4), 8 U.S.C. § 1227(a)(4).
[42] 8 C.F.R. § 208.16(c)(2).

Finalement, si le juge de l'immigration décide que le non citoyen peut être expulsé, il doit aviser cette personne qu'elle a la possibilité d'en appeler de la décision.[43]

C. Procédures accélérées de renvoi[44]

En plus des procédures normales de renvoi décrites précédemment, les procédures accélérées de renvoi sont disponibles dans deux cas.[45] Le premier est lorsqu'un non citoyen ne possède pas les documents requis ou qu'il a utilisé la fraude ou la fausse représentation pour obtenir ses documents.[46] Nous qualifions ce renvoi de renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b). Le deuxième est lorsqu'il y a divers motifs liés à la sécurité[47]. Nous qualifions ce renvoi de renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c).

On ne peut déterminer si M. Arar a été confronté à une quelconque procédure visant le renvoi accéléré. Si c'est le cas, ce serait le renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c), pour des motifs de sécurité. Nous mentionnons ceci parce que rien n'indique qu'il y avait une quelconque irrégularité dans les documents de M. Arar d'où aurait pu découler un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b). Nous commencerons toutefois par une analyse de la procédure de renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b), car ces procédures diffèrent de celles d'un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c).

(1) Renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b)

Si un inspecteur de l'INS juge qu'une personne est sujette à un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b), en raison d'une fraude ou fausse représentation, ou de l'absence de documents d'immigration, l'inspecteur doit obtenir une déclaration sous serment du non citoyen.[48] En prenant cette déclaration sous serment, l'inspecteur doit demander au non citoyen s'il éprouve une crainte quelconque à retourner dans son pays. Si le non citoyen n'exprime pas de crainte quant à son retour non plus qu'un désir de demander l'asile, son renvoi peut être exécuté sans autre formalité. L'ordre devient final après examen et approbation par un agent supérieur de l'immigration.[49] Un juge de l'immigration n'a pas compétence pour réviser cet ordre.[50]

En revanche, si la personne faisant l'objet d'un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b) exprime une crainte de persécution ou de torture, l'agent d'immigration ne peut procéder immédiatement au renvoi, mais doit plutôt référer le non citoyen à une entrevue avec un agent chargé du traitement des demandes d'asile pour déterminer la « crédibilité de la crainte ».[51] Lors de cette procédure, le non citoyen a le droit d'avoir recours aux services d'un avocat à ses frais[52].

---

[43] INA § 240(c)(4), 8 U.S.C. § 1229a(c)(4).
[44] *Voir en général* 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*§ 64.06 (rev. ed. 2005).
[45] INA § 235(b), (c), 8 U.S.C. § 1225(b), (c).
[46] INA § 235(b), 8 U.S.C. § 1225(b).
[47] INA § 235(c), 8 U.S.C. § 1225(c).
[48] INA § 235(b)(1), 8 U.S.C. § 1225(b)(1); 8 C.F.R. § 208.30.
[49] INA § 235(b)(1)(B)(iii)(I), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(I).
[50] Idem.
[51] INA § 235(b)(1)(A)(ii), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(A)(ii).
[52] INA § 235(b)(1)(B)(iv), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iv).

L'agent chargé du traitement des demandes d'asile doit établir si la crainte du demandeur est crédible, savoir « s'il existe une possibilité importante, compte tenu de la crédibilité des déclarations faites par l'étranger à l'appui de sa demande et des autres faits connus de l'agent, que l'étranger puisse établir son admissibilité à l'asile ».[53] L'agent chargé du traitement des demandes d'asile doit aussi établir si la crainte de torture de la personne est crédible aux fins d'examen pour la protection en vertu de l'article 3 de la Convention contre la torture.[54]

Si l'agent chargé du traitement des demandes d'asile conclut que la crainte de persécution ou de torture est crédible, il doit référer le demandeur d'asile à la procédure normale de renvoi.[55] La personne n'est plus sujette aux procédures de renvoi accéléré et elle peut voir sa demande d'asile et de protection entendue par un juge de l'immigration, dans le cadre des procédures normales de renvoi.

Si la crainte de persécution ou de torture n'est pas jugée crédible, le demandeur peut réclamer une révision de cette décision par un juge de l'immigration.[56] Cet examen peut survenir dans les 24 heures [57] et il peut être effectué par conférence téléphonique plutôt qu'en personne.[58] Le juge de l'immigration doit établir s'il existe une possibilité importante, compte tenu de la crédibilité des déclarations du non citoyen et des autres faits, que la personne puisse établir son admissibilité à l'asile ou à une protection en vertu de la Convention contre la torture.[59] Si le juge de l'immigration conclut que la crainte de persécution ou de torture du non citoyen est crédible, il doit référer le demandeur d'asile à la procédure normale de renvoi.[60] Si le juge de l'immigration conclut que la crainte de persécution ou de torture du non citoyen n'est pas crédible, il doit confirmer la décision de l'agent chargé du traitement des demandes d'asile et renvoyer le cas pour exécution de l'ordre de renvoi accéléré.[61]

(2) Renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c)

L'INA § 235(b) prévoit que « si un agent d'immigration ou un juge de l'immigration soupçonne qu'un arrivant étranger peut être interdit de territoire… [pour un motif lié à la sécurité], l'agent ou le juge doit … ordonner le renvoi de l'étranger ».[62] Un motif lié à la sécurité existe lorsque « le Procureur général sait, ou a des motifs raisonnables de croire, que l'étranger est engagé ou qu'il est probable qu'il s'engagera, après son entrée, dans une activité terroriste ».[63] Le Procureur général doit réviser cet ordre. S'il conclut que le non citoyen est interdit de territoire pour des motifs liés à la sécurité, et que « la divulgation des renseignements pourrait être préjudiciable à l'intérêt public, à sa protection ou à sa sécurité », il peut « ordonner le renvoi de

---

[53] INA § 235(b)(I)(B)(v), 8 U.S.C. § 1225(b)(I)(B)(v).
[54] 8 C.F.R. § 208.30(e)(3).
[55] 8 C.F.R. §§ 208.30(f), 235.3(b)(4).
[56] INA § 235(b)(1)(B)(iii)(III), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(III).
[57] INA § 235(b)(1)(B)(iii)(III), 8 U.S. C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(III); 8 C.F.R. § 1003.42(e).
[58] 8 C.F.R. § 1003.25(c).
[59] 8 C.F.R. § 1003.42(d).
[60] 8 C.F.R. § 1003.42(f).
[61] Idem.
[62] INA § 235(c)(1), 8 U.S.C. § 1225(c)(1).
[63] INA § 212(a)(3)(B)(i)(II), 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(i)(II).

l'étranger ».[64] La décision du Procureur général ne peut être révisée par un juge de l'immigration.[65]

L'INA § 235(c) ne prévoit pas explicitement une protection en vertu de la Convention contre la torture, mais les règlements le font.[66] Les règlements prévoient que l'agence d'immigration « ne doit pas exécuter un ordre de renvoi en vertu de [l'INA § 235(c)]... dans des cas qui violent ... l'article 3 de la Convention contre la torture ».[67] Les règlements ne précisent toutefois pas spécifiquement la procédure pour tenir compte des demandes d'asile en vertu de la Convention contre la torture dans le contexte d'un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c). Ils prévoient simplement que l'agence d'immigration « évaluera l'application de l'article 3 dans le cadre du processus d'expulsion pour s'assurer que l'ordre de renvoi n'est pas exécuté dans des circonstances pouvant violer les obligations des États-Unis en vertu de l'article 3. »[68] Les règlements ajoutent que les procédures normales d'asile « ne s'appliquent pas ».[69] Ainsi, il n'est pas clair quelle procédure l'agence d'immigration des É.-U. aurait du suivre pour traiter la demande de M. Arar d'éviter d'être soumis à la torture.

D. Procédures de renvoi de terroristes étrangers[70]

La loi antiterroriste et sur la peine de mort effective de 1996 (*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* (AEDPA))[71] établit des procédures de renvoi spéciales pour les « terroristes étrangers ».[72] L'AEDPA crée un tribunal spécial de renvoi comprenant cinq juges de la Cour fédérale de district, nommés par le juge en chef des États-Unis.[73] Le Procureur général initie la procédure de renvoi spéciale en déposant une requête auprès du tribunal de renvoi. La requête doit établir la probabilité que la personne est un terroriste étranger, qu'elle est physiquement présente aux États-Unis, et que les procédures normales de renvoi présentent un risque pour la sécurité nationale.[74] Un seul juge de la cour de renvoi établit s'il doit accorder la requête pour tenir l'audience de renvoi.

La procédure spéciale de renvoi s'apparente de maintes façons à un procès criminel. Elle est ouverte au public.[75] Le non citoyen a le droit d'être représenté par un avocat et le droit à un avocat d'office s'il est indigent.[76] Le non citoyen peut produire des preuves, interroger et contre-

---

[64] INA § 235(c)(2), 8 U.S.C. § 1225(c)(2).
[65] INA § 235(c)(2)(B), 8 U.S.C. § 1225(c)(2)(B).
[66] 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).
[67] 8 C.F.R. § 235.8(b)(4).
[68] 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).
[69] 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).
[70] Voir en général 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*, § 64.11 (rev. ed. 2005).
[71] *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* (AEDPA), Pub. L. No. 104-132, § 401, 110 Stat. 1214, 1258 (promulgation d'un nouveau titre V dans l'INA) telle qu'amendée par la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996* (décrétée comme *Division C of Omnibus Consolidated Appropriations Act*, 1997, Pub. L. No. 104-208, § 354, 110 Stat. 3009, 3009-641).
[72] INA § 237(a)(4)(B), 8 U.S.C. § 1227(a)(4)(B).
[73] INA § 502(a), 8 U.S.C. § 1532(a).
[74] INA § 503(a)(1), 8 U.S.C. § 1533(a)(1).
[75] INA § 504(a)(2), 8 U.S.C. § 1534(a)(2).
[76] INA § 504(c)(1), 8 U.S.C. § 1534(c)(1).

interroger des témoins, et demander des citations à comparaître ou de production de documents.[77] Les Federal Rules of Evidence ne s'appliquent pas,[78] toutefois, et une preuve peut ne pas être divulguée si sa divulgation mettrait en danger la sécurité nationale.[79]

Le gouvernement doit justifier le renvoi en vertu de la prépondérance de la preuve.[80] Pour le gouvernement, il s'agit d'un fardeau de preuve moins élevé que celui des procédures normales de renvoi. Le gouvernement et le non citoyen peuvent faire appel de la décision de la cour à la Cour d'appel des É.-U. pour le circuit du district de Columbia.[81] À la suite de la décision de cette cour, l'une des parties peut demander à la Cour suprême des É.-U. de réviser l'affaire.[82]

Cette loi ne prévoit pas explicitement si un « terroriste étranger » peut, dans le cadre de procédures spéciales, demander la protection en vertu de la Convention contre la torture. Quoi qu'il en soit, les États-Unis n'ont pas invoqué ces procédures contre M. Arar. En fait, depuis leur adoption il y a neuf ans, les États-Unis n'ont jamais utilisé les procédures spéciales de renvoi contre des terroristes étrangers.

E. Garanties diplomatiques obtenues par le Secrétaire d'État

Le Secrétaire d'État peut demander des garanties du pays où le non citoyen sera renvoyé, selon lesquelles le non citoyen ne sera pas torturé lors de son retour. Pour évaluer ces garanties, le département d'État utilise le test « plus probable que non », *c.-à-d.*, il est plus probable que non que la personne sera torturée dans le pays où elle est renvoyée.[83]

Si le département d'État fournit ces garanties, « le Procureur général doit établir, en consultation avec le Secrétaire d'État, si les garanties sont suffisamment fiables pour permettre le renvoi de l'étranger dans ce pays sans enfreindre l'article 3 de la Convention contre la torture. »[84] Il n'est pas clair si le Procureur général est régi par la norme du plus probable que non, car cela peut ne s'appliquer qu'à une décision d'un juge de l'immigration.[85] La décision du Procureur général ne peut être révisée par un juge de l'immigration ou par le tribunal d'appel de l'immigration (Board of Immigration Appeals).[86]

---

[77] INA § 504(c)-(d), 8 U.S.C. § 1534(c)-(d).
[78] INA § 504(h), 8 U.S.C. § 1534(h).
[79] INA § 504(e)(1)(A), 8 U.S.C. § 1534(e)(1)(A).
[80] INA § 504(g), 8 U.S.C. § 1534(g).
[81] INA § 505(c), 8 U.S.C. § 1535(c).
[82] INA § 505(d), 8 U.S.C. § 1535(d).
[83] *Al-Anazi v. Bush*, Civil Action No. 05-0345 (JDB), 2005 U.S. Dist. LEXIS 6803, at *9 (D.D.C. 21 avril, 2005) (citant une déclaration de Pierre-Richard Prosper, agent du département d'État).
[84] 8 C.F.R. § 208.18(c)(2). Bien que les règlements continuent d'énoncer que le procureur général des É.-U. devra consulter le département d'État relativement à la fiabilité des garanties diplomatiques, selon toute vraisemblance le ministère de l'Intérieur (DHS) a assumé ce rôle depuis le transfert de l'agence de l'immigration du ministère de la Justice au DHS. *Voir* Dep't of State, Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 35 (6 mai 2005), *disponible au site* http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm (dernière visite en date du 16 mai 2005).
[85] 8 C.F.R. § 208.16(c)(4).
[86] 8 C.F.R. § 208.18(c)(3).

Les États-Unis ont reconnu avoir renvoyé plusieurs personnes dans leurs pays depuis les attaques terroristes du 11 septembre 2001, en s'appuyant sur des garanties diplomatiques des pays de réception selon lesquelles ces personnes ne seraient pas torturées.[87]

5. Analyse juridique

A. Les droits de M. Arar en vertu de la Convention contre la torture

La Convention contre la torture ne contient aucune exception à la disposition de non-refoulement. Le Sénat des É.-U. n'a pas non plus cautionné quelque exception que ce soit à la disposition de non-refoulement lorsqu'il a ratifié la Convention contre la torture. Ainsi, le renvoi de Maher Arar vers la Syrie a violé la Convention, telle qu'adoptée par les États-Unis, s'il était plus probable que non qu'il soit torturé en Syrie.

Le dossier de la Syrie en matière de torture est bien connu. Le Président Bush a décrit « l'histoire de torture, d'oppression, de misère et de ruine de la Syrie ».[88] Le rapport annuel sur les droits de la personne de 2002 du département d'État, année durant laquelle les États-Unis ont expédié M. Arar en Syrie, souligne « qu'il existe une preuve crédible que les forces de sécurité [de la Syrie] continuent à utiliser la torture », méthodes de torture qui comprennent : « administrer des chocs électriques, arracher des ongles, insérer de force des objets dans le rectum, battre la victime, parfois alors qu'elle est suspendue du plafond, hyper-élongation de la colonne vertébrale, plier un détenu dans le cadre d'une roue et fouetter les parties exposées de son corps, et utiliser une chaise qui penche vers l'arrière pour asphyxier la victime ou fracturer sa colonne vertébrale ».[89]

M. Arar a mentionné à maintes reprises aux agents des É.-U. qu'il craignait d'être torturé s'il était renvoyé en Syrie.[90] M. Arar a expliqué qu'il avait quitté la Syrie sans avoir fait son service militaire et que le gouvernement syrien avait accusé un membre de sa famille d'être affilié à l'organisation terroriste connue sous le nom de Fraternité musulmane.[91] En raison de la situation particulière de M. Arar et de l'historique de torture de la Syrie, il semble évident que M. Arar serait torturé s'il était renvoyé en Syrie.

Les États-Unis ont peut-être demandé des garanties de la Syrie selon lesquelles M. Arar ne serait pas torturé. Toutefois, il serait grotesque que les États-Unis demandent même ces garanties, étant donné le fait que M. Arar est citoyen canadien, qu'il a vécu au Canada depuis environ

---

[87] U.S. Dep't of Sate, , Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 35 (6 mai 2005), *disponible au site* http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm (dernière visite en date du 16 mai 2005).

[88] Voir les nouvelles de la BBC, extraits de discours du président des É.-U., George W. Bush, au National Endowment for Democracy (6 novembre 2003), *disponible au site :* http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3248639.stm (dernière visite en date du 30 avril 2005).

[89] U.S. Department of State, Country Reports on Human Rights Practices, Syria, 2002 (Mar. 2003), *disponible au site :* http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2002/18289.htm (dernière visite en date du 10 mai 2005).

[90] Maher Arar: Chronology of Events: Septe.nber 26, 2002 to October 5, 2003, à la p.3, *au site :* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (dernière visite en date du 10 mai 2005).

[91] Idem.

1987,[92] et que la preuve accablante suggérait qu'il serait torturé en Syrie. Même si ces garanties ont été obtenues du gouvernement de la Syrie, elles ne pouvaient être prises au sérieux, en raison de l'historique de torture de la Syrie.

B. Droits procéduraux de M. Arar dans les procédures de renvoi des É.-U.

L'INS dispose de plusieurs options procédurales pour établir l'admissibilité de M. Arar aux États-Unis : procédures normales de renvoi, renvoi accéléré pour motifs de sécurité, et procédures de renvoi de terroriste étranger.[93] Puisque aucune procédure assimilable à un procès n'a été accordée à M. Arar, l'INS peut avoir appliqué les procédures dites de renvoi accéléré. Dans les procédures de renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c), le fardeau de la preuve requise pour justifier le renvoi pour risque de sécurité présumé est très faible. Le Procureur général doit uniquement avoir « un motif raisonnable de croire [que le non citoyen] est engagé ou qu'il est probable qu'il s'engagera … dans une activité terroriste ».[94]

M. Arar a déclaré que lorsqu'il était détenu aux Etats-Unis, il a reçu un document mentionnant qu'il était interdit de territoire en vertu de l'article 235C [sic] de l'INA, parce qu'il était présumément membre de Al Qaeda.[95] Malheureusement, nous ne connaissons pas le fondement factuel de cette allégation. Même si M. Arar avait pu contester cette allégation devant un tribunal des É.-U., celui-ci aurait probablement confirmé sa légalité. En vertu d'un arrêt de la Cour suprême des É.-U., *Kleindienst c. Mandel,* les autorités de l'immigration n'ont besoin que d'un motif « *prima facie* légitime et de bonne foi » pour appuyer la décision que quelqu'un est interdit de territoire.[96] Il est probable que les autorités d'immigration des É.-U. pouvaient rencontrer ce critère peu élevé et ainsi justifier le renvoi de M. Arar en vertu de l'INA § 235(c).

Cela ne clôt cependant pas la question. Même si les autorités d'immigration des É.-U. ont suivi les procédures appropriées en concluant que M. Arar pouvait être renvoyé en vertu de l'INA § 235(c), leur propre réglementation les empêchait de le renvoyer réellement en Syrie s'il était confronté au risque d'être torturé dans ce pays. Donc, les autorités d'immigration des É.-U. ont violé l'article 3 de la Convention contre la torture en renvoyant M. Arar en Syrie.[97]

---

[92] http://www.maherarar.ca/ (dernière visite en date du 10 mai 2005).

[93] Une autre option procédurale est le renvoi administratif. *Voir* 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*, § 33.10[2] (rev. ed. 2005). Le renvoi administratif s'applique aux non citoyens reconnus coupables de « délit grave » (aggravated felony), un terme technique de l'immigration défini dans INA § 101(a)(43), 8 U.S.C. § 1101(a)(43). M. Arar ne serait pas visé par le renvoi administratif, puisqu'il n'a pas été reconnu coupable de « délit grave ».

[94] INA § 212(a)(3)(B)(i)(II), 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(i)(II).

[95] Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, à la p.3, *au site* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (dernière visite en date du 10 mai 2005). Le département d'État a corroboré ces faits. U.S. Dep't of State, *U.S. Views Concerning Syrian Release of Mr. Maher Arar* (6 oct. 2003), *disponible à l'adresse suivante:* http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2003/24965.htm (dernière visite en date du 11 mai, 2005). « [Traduction] M. Arar a été détenu à New York le 26 septembre 2002 par les autorités de l'immigration et d'exécution de la loi des États-Unis parce que son nom figurait sur une liste de surveillance. Par la suite, on lui a refusé l'entrée aux États-Unis en vertu du paragraphe 235C [sic] de la United States Immigration and Nationality Act au vu des renseignements dont disposaient les agents d'exécution de la loi des États-Unis. ».

[96] 408 U.S. 753, 769 (1972).

[97] 8 C.F.R. § 235.8(b)(4).

C. Droit de M. Arar d'être renvoyé au Canada et non en Syrie

La loi sur l'immigration des É.-U. précise vers quels pays un non citoyen peut être renvoyé.[98] Les non citoyens arrivant aux États-Unis qui sont visés par les procédures normales de renvoi doivent être renvoyés dans le pays d'où ils viennent.[99] Dans le cas de M. Arar, ce pays aurait dû être la Suisse, d'où son vol pour New York était parti. Toutefois, étant donné que M. Arar n'a pas fait l'objet de la procédure normale de renvoi, il n'avait pas ce choix. Néanmoins, les non citoyens comme M. Arar qui ne font pas l'objet des procédures normales de renvoi peuvent désigner un pays où ils désirent être renvoyés.[100] L'agence de l'immigration « doit » renvoyer le non citoyen dans ce pays,[101] sauf dans quatre cas : (1) le non citoyen ne désigne pas rapidement un pays ; (2) le pays étranger n'informe pas les États-Unis dans les 30 jours qu'il entend accepter la personne ; (3) le pays étranger n'est pas disposé à accepter le non citoyen ; ou (4) l'agence de l'immigration décide que le fait de renvoyer le non citoyen dans ce pays causerait un préjudice aux États-Unis.[102] Si l'une de ces exceptions s'applique, l'agence de l'immigration peut renvoyer le non citoyen dans un autre pays dont il est citoyen.[103]

M. Arar a déclaré avoir dit aux autorités de l'immigration des É.-U. qu'il désirait être renvoyé au Canada.[104] Nous ne disposons pas de suffisamment de faits pour établir si l'une des quatre exceptions s'appliquait, autorisant ainsi les États-Unis à renvoyer M. Arar en Syrie plutôt qu'au Canada. Même si l'une des exceptions accordait aux États-Unis la discrétion de renvoyer M. Arar dans un pays autre que le Canada, l'article 3 de la Convention contre la torture aurait dû empêcher le gouvernement des É.-U. de renvoyer M. Arar en Syrie, où il faisait face à un risque sérieux et connu d'être torturé.

D. Recours possibles de M. Arar

M. Arar a déposé une poursuite civile aux États-Unis contre les agents des É.-U.[105] Ses avocats ont allégué plusieurs violations des lois des É.U. Le gouvernement des É.-U. se défend vigoureusement contre ces allégations. Il reste à voir si M. Arar aura gain de cause. Entre-temps, l'analyse suivante donne un aperçu des allégations de M. Arar.

---

[98] INA § 241(b), 8 U.S.C. § 1231(b).
[99] INA § 241(b)(1)(A), 8 U.S.C. § 1231(b)(1)(A).
[100] INA § 241(b)(2), 8 U.S.C. § 1231(b)(2).
[101] INA § 241(b)(2)(A)(ii), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(A)(ii).
[102] INA § 241(b)(2)(C), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(C).
[103] INA § 241(b)(2)(D), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(D).
[104] Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, à la p.3, *au site :* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (dernière visite en date du 10 mai 2005).
[105] *Arar c. Ashcroft*, n° 04-CV-0249-DGT-VVP (E.D.N.Y. déposé le 24 janvier 2004). Plusieurs des documents concernant le litige se trouvent au site : http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=zPvu7s2XVJ&Content=377 (dernière visite en date du 10 mai 2005).

(1) Application régulière de la loi

La Constitution des É.-U. déclare que nul ne doit être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans avoir droit à l'application régulière de la loi.[106] M. Arar prétend que le gouvernement des É.-U. a violé ses droits à l'application régulière de la loi en le détenant sans accès à un avocat ou au système judiciaire, tant aux États-Unis avant d'être renvoyé que lors de sa détention par le gouvernement de Syrie, qui agissait de connivence avec les États-Unis. Il prétend aussi que les agents d'immigration des É.-U. qui ont effectué le renvoi ont violé son droit à l'application régulière de la loi en le soumettant de manière négligente à la torture aux mains d'un gouvernement étranger, dont ils avaient toutes les raisons de croire qu'il procéderait à des interrogatoires abusifs.

(2) Loi sur la protection des victimes de torture (*Torture Victim Protection Act*)

La loi sur la protection des victimes de torture permet à une victime de torture de poursuivre son tortionnaire étranger devant les tribunaux des É.-U.[107] La réclamation de M. Arar contre les agents des É.-U., en vertu de la loi sur la protection des victimes de torture, est fondée sur leur complicité qui a permis la torture subie en Syrie.

(3) Loi de réclamation par un étranger pour délit civil (*Alien Tort Claims Act*)

Une loi de 1789 permet à un non citoyen de poursuivre devant les tribunaux des É.-U. pour un délit civil (tort) commis « en violation de la loi des nations ».[108] Les tribunaux des É.-U. ont conclu que la torture délibérée, perpétrée en vertu d'une apparence d'autorité officielle, viole les normes universellement acceptées des droits de la personne et donne ainsi au non citoyen le droit d'intenter des poursuites en Cour fédérale[109]. La Cour suprême a jugé que cette loi est uniquement une dévolution de compétence aux tribunaux des É.-U. et qu'une cause d'action doit reposer sur d'autres fondements.[110] Cependant, en fonction des faits, cette loi peut donner à M. Arar un autre volet de compétence auquel il peut greffer des poursuites devant les tribunaux des É.-U. pour détention illégale et torture.

6. Recommandations

Le Canada et les États-Unis ont pris certaines mesures pour tenter de prévenir la remise involontaire d'un autre Canadien à un pays tiers pour y être torturé. En janvier 2004, le secrétaire d'État des É.-U., Colin Powell, et le ministre canadien des Affaires étrangères, William Graham, ont échangé des lettres exprimant l'accord des deux pays au sujet des renvois de leurs citoyens respectifs dans des pays tiers.[111] Ces lettres prévoient un avis et une

---

[106] Const. É.U., cinquième amendement.
[107] *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. No. 102-256, 106 Stat. 73 (codifié à 28 U.S.C. § 1350 note).
[108] *Judiciary Act of 1789*, ch. 20, § 9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789) (codifié à 28 U.S.C. § 1350).
[109] *Voir*, p. ex. *Kadic c. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995); *Filartiga c. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 878 (2d Cir. 1980).
[110] *Sosa c. Alvarez-Machain*, __ U.S. __, 124 S. Ct. 2739, 2754-55 (2004).
[111] Lettres échangées par le secrétaire d'État des É.-U., Colin Powell, et le ministre canadien des Affaires étrangères, William Graham (13 janvier 2004) (des copies de ces lettres sont en possession de l'auteur).

consultation rapide entre les deux pays au sujet de toute intention de renvoyer un citoyen de l'autre pays dans un pays tiers. En annonçant l'échange de lettres, le ministre des Affaires étrangères, William Graham, a souligné cet accord comme « une mesure sans précédent ».[112]

Malheureusement, l'accord ne va pas assez loin. Il ne prévoit qu'un avis et une consultation; il ne requiert pas que le Canada donne son consentement avant que les États-Unis puisse renvoyer un Canadien dans un pays tiers. Par exemple, l'accès à un agent consulaire canadien a été accordé à M. Arar pendant qu'il était détenu aux États-Unis.[113] Un rapport de la Gendarmerie royale du Canada démontre aussi que les agents du Canada et des É.-U. se sont consultés au sujet de M. Arar alors qu'il était détenu aux États-Unis (il est cependant difficile, au vu du dossier public disponible, d'évaluer s'ils se sont consultés au sujet de son renvoi en Syrie).[114] En dépit de cet avis et de cette consultation, M. Arar a été involontairement renvoyé en Syrie. L'accord ne prévient pas nécessairement la répétition d'une situation semblable.

Le Canada et les États-Unis devraient négocier un accord plus sérieux au sujet des renvois involontaires de leurs citoyens respectifs dans un pays tiers. Les États-Unis devraient convenir de ne pas renvoyer un citoyen canadien dans un pays tiers à moins que le Canada n'exprime son accord à l'avance, et par écrit. À défaut d'un tel accord, les États-Unis devraient alors tout au moins convenir que dans le cas où un Canadien exprime une crainte de torture ou de persécution à la suite d'un renvoi dans un pays tiers, ils ne renverront pas cette personne avant qu'elle n'ait demandé l'asile ou une protection en vertu de la Convention contre la torture devant un juge de l'immigration des É.-U., et avant que le juge ait rendu jugement sur cette demande. (Le Canada devrait accepter des mesures semblables pour les citoyens des É.-U. qu'il pourrait désirer renvoyer dans un pays tiers.) Comme le démontre le cas de M. Arar, les procédures actuelles relatives au renvoi accéléré des États-Unis des terroristes présumés sont trop vagues pour garantir le respect de l'article 3 de la Convention contre la torture.

Le cas de M. Arar démontre aussi que les garanties diplomatiques sont inadéquates. Comme le rapport annuel sur les droits de la personne (joint à l'intention de cette commission) le souligne en plus amples détails, les garanties diplomatiques ne sont efficaces ni en droit ni en pratique. Le Canada et les États-Unis devraient abolir le recours aux garanties diplomatiques dans les cas d'application de la Convention contre la torture.

Conclusion

La loi sur l'immigration des É.-U. accorde beaucoup d'autorité et de discrétion aux agents des É.-U. pour décider qui renvoyer des États-Unis et comment les renvoyer. Une telle autorité n'est cependant pas exempte de tout contrôle. L'article 3 de la Convention contre le terrorisme interdit aux agents des É.-U. d'expédier une personne dans un autre pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. À mon avis, il existait une preuve

---

[112] Idem.

[113] Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, à la p.3, *au site :* http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf (dernière visite en date du 10 mai 2005).

[114] Rapport final rédigé par Brian S. Garvie, surintendant en chef de la Gendarmerie royale du Canada, dossier n° 2003A-5075 (non daté) disponible au site : http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=zPvu7s2XVJ&Content=377 (dernière visite en date du 10 mai 2005).

considérable que les agents de la Syrie tortureraient M. Arar s'il était renvoyé dans ce pays. En outre, M. Arar a déclaré aux agents des É.-U. qu'il craignait d'être torturé s'il était renvoyé en Syrie. Pour ces motifs, il semble que les agents du gouvernement des É.-U. ont violé l'article 3 de la Convention contre la torture en renvoyant M. Arar en Syrie.